

9 | Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht

Paul Adriaanse *

1 INLEIDING

Inmiddels moet vrij algemeen bekend zijn dat het verlenen van staatssteun, in welke vorm ook, niet meer mogelijk is zonder rekening te houden met het Europese gemeenschapsrecht. De (volgens sommigen té) vergaande Europese bemoeienis met nationale aangelegenheden via de band van de Europese staatssteunregels wordt bij tijd en wijle ruim uitgemeten in de Nederlandse media naar aanleiding van spraakmakende zaken, zoals de vermeende steun aan de publieke omroep, woningcorporaties en Artis.

Wanneer steunverlening plaatsvindt zonder acht te slaan op het toepasselijke Europese gemeenschapsrecht, bestaat het risico dat die verlening als onrechtmatig moet worden aangemerkt en de desbetreffende steun, inclusief de daarover genoten rente, van de begunstigde(n) zal moeten worden teruggevorderd. In de communautaire rechtspraak wordt die terugvordering gezien als de logische consequentie van het feit dat de desbetreffende staatssteun in strijd met het gemeenschapsrecht werd verleend. Hoe terugvordering van onrechtmatige staatssteun juridisch moet worden gerealiseerd, wordt overgelaten aan het recht van de lidstaat waarin de schending van het gemeenschapsrecht is begaan.

Hoewel het gemeenschapsrecht ten aanzien van de realisering van terugvordering van staatssteun in beginsel alleen (streng) randvoorwaarden stelt, vloeit uit het beginsel van gemeenschapstrouw in het algemeen de verplichting voort dat de lidstaten hun nationale recht zodanig inrichten dat zij, in ieder geval in theorie, kunnen voldoen aan de communautaire verplichtingen die met terugvordering van onrechtmatige staatssteun gepaard gaan. Doen zij dat niet, dan kan dat aanleiding geven tot een verdragsschendingsprocedure, met alle consequenties vandien. De Commissie heeft een dergelijke procedure onlangs aangespannen tegen Nederland, omdat een reeds vanaf 2000 lopende verplichting tot terugvordering van aan mestverwerkingsbedrijf Fleuren Compost

■ Mr. P.C. Adriaanse is als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

verleende onrechtmatige staatssteun, inclusief de daarover genoten rente, tot op heden nog niet volledig is nagekomen.

In deze bijdrage wordt, in het licht van recente ontwikkelingen in nationale wetgeving en rechtspraak, in het algemeen onderzocht in hoeverre via het Nederlandse recht kan worden voldaan aan de communautaire terugvorderingsverplichtingen, met name in situaties waarin de Europese Commissie een zogenaamde ‘terugvorderingsbeschikking’ jegens Nederland heeft genomen.¹ Betoogd wordt dat het huidige Nederlandse recht nog niet voldoende is toegesneden op de communautaire eisen die in situaties van onrechtmatige staatssteun (kunnen) voortvloeien uit het Europese gemeenschapsrecht. Daarvan uitgaande, wordt gezocht naar oplossingen om het Nederlandse recht op dit gebied wel *Europaproof* te maken. Waar mogelijk wordt in deze bijdrage aansluiting gezocht bij reeds verschenen publicaties over (aspecten van) dit onderwerp.²

Hoewel de bundel primair ziet op het Nederlandse bestuursrecht, kan deze bijdrage niet tot het bestuursrecht beperkt blijven. De eerste reden daarvoor is dat het gemeenschapsrecht in beginsel neutraal staat tegenover de wijze waarop op nationaal niveau wordt teruggevorderd, als maar binnen de geldende randvoorwaarden wordt voldaan aan de communautaire verplichtingen. Als terugvordering van staatssteun niet via het bestuursrecht, maar bijvoorbeeld wel op effectieve wijze via het privaatrecht kan worden gerealiseerd, voldoet het nationale recht toch aan de communautaire eisen. Er is nog een tweede reden om ook andere rechtsgebieden dan het bestuursrecht in deze

-
- 1 Op de specifieke juridische problemen die zich kunnen voordoen wanneer derde belanghebbenden (bijv. concurrenten van de begunstigde onderneming) door middel van zogenaamde private handhavingsacties via de nationale rechter terugvordering van onrechtmatige staatssteun proberen te bewerkstelligen, wordt in deze bijdrage niet nader ingegaan. Zie hierover wel uitgebreid P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, diss. VU Amsterdam, Deventer: Kluwer 2006 (hierna Adriaanse 2006a).
 - 2 Zie met name R.H.C. Luja, ‘Een gerechtvaardigd vertrouwen in belastingfaciliteiten?’, *WFR* 1999, p. 1045-1055; R.H.C. Luja, ‘De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht’, *NTFR* 2000, p. 243-255; K.-J. Visser, ‘Fiscale maatregelen en communautaire steunmaatregelen: formele procedures en terugvordering’, *WFR* 2000, p. 863-871; R.H.C. Luja, *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO: A View on State Aids, Trade Subsidies and Direct Taxation*, diss. Maastricht, Antwerpen: Intersentia 2003; W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidie-recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 236-262; J.R. van Angeren & W. den Ouden, ‘Subsidie-recht en staatssteun’, in: B. Hessel e.a., *Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, preadviezen, VAR-reeks 134, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 75-204; G.J. van Slooten, ‘Steunverlening en de Nederlandse bestuurspraktijk. Over doorwerking van het communautaire recht op het gebied van staatssteun in de Nederlandse fiscale rechtspraktijk’, in: Hessel e.a. 2005, p. 205-303; B.W.N. de Waard e.a., *Terugvordering van staatssteun. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005; P.C. Adriaanse, ‘Application of EU State Aid Law in the Netherlands, Report for FIDE 2006’, in: X.L. Xenopoulos (ed.), *State Aid: The effective application of EU state aid procedures: From a plan to grant aid to the recovery of illegal aid – the role of national law and practice*, FIDE 2006 National Reports, Nicosia: Theopress Ltd. 2006, p. 157-184 (hierna Adriaanse 2006b).

bijdrage te betrekken. Staatssteun kan in Nederland op verschillende manieren worden verleend, waaronder ook in de vorm van een privaatrechtelijke overeenkomst (denk aan verkoop van een stuk grond onder de marktprijs) of een fiscale maatregel (bijvoorbeeld een vrijstelling van een belasting of heffing).³ Terugvordering van dergelijke vormen van staatssteun verloopt niet via het bestuursrecht. Voor een integrale beantwoording van de centrale vraag van deze bijdrage is het dus in ieder geval nodig ook andere rechtsgebieden dan het bestuursrecht in het onderzoek te betrekken. Overigens, ook waar het onderzoek zich wel richt op het bestuursrecht als zodanig, dient binnen dit rechtsgebied rekening te worden gehouden met mogelijke dwarsverbanden, met name tussen terugvordering van staatssteun en terugvordering van Europese subsidies. Daar waar dat relevant is, zal ook op dergelijke dwarsverbanden worden ingegaan.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Na deze inleiding wordt in paragraaf 2 eerst in het kort het Europeesrechtelijk kader voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun geschetst. Daarna wordt, in relatie tot verschillende vormen van staatssteun, in paragraaf 3 in kaart gebracht welke juridische wegen in Nederland in aanmerking komen voor tenuitvoerlegging van terugvordering. Op basis daarvan wordt in paragraaf 4 gezocht naar de knelpunten die zich bij de huidige stand van het Nederlandse recht in het licht van communautaire vereisten kunnen voordoen. Aansluitend worden in paragraaf 5 mogelijke oplossingen besproken waardoor het Nederlandse recht proactief zou kunnen worden toegerust voor een volledige effectuering van communautaire verplichtingen in situaties waarin terugvordering van onrechtmatige staatssteun is vereist.

2 EUROPEESRECHTELIJK KADER

De schending van het gemeenschapsrecht waar het bij onrechtmatige steunverlening om gaat, betreft artikel 88, lid 3, laatste zin van het EG-Verdrag (hierna EG), of ook wel artikel 3 van Verordening (EG) nr. 659/1999.⁴ In beide artikelen ligt dezelfde rechtstreeks werkende bepaling besloten, op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn de tenuitvoerlegging van al hun aanmeldingsplichtige steunvoornemens op te schorten, zolang de Commissie geen beschikking tot goedkeuring van die steun heeft gegeven of wordt geacht die te hebben gegeven.

3 Uit het gemeenschapsrecht kunnen in situaties van onrechtmatige staatssteun ook consequenties voortvloeien voor andere terreinen van het nationale recht, zoals het insolventierecht. In deze bijdrage blijven die terreinen verder buiten beschouwing.

4 Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag [nu 88 EG], *PbEG* 1999, L 83/1.

Het belang van deze zogenaamde standstill- of opschortingsverplichting is dat de Commissie, gedurende de opschorting, in staat wordt gesteld de exclusief aan haar opgedragen taak in het kader van de communautaire staatssteuncontrole uit te oefenen. Die taak is het beoordelen of steunmaatregelen van de lidstaten, getoetst aan het EG-Verdrag, wel of niet verenigbaar zijn met de gemeenschappelijk markt. Met het oog daarop dienen de lidstaten, behoudens enkele uitzonderingen, al hun steunmaatregelen vooraf bij de Commissie aan te melden.

Volgens vaste rechtspraak beoogt de standstill-verplichting te voorkomen dat met het EG-verdrag strijdige steunmaatregelen worden ingevoerd.⁵ Er is sprake van schending van deze verplichting, en dus van onrechtmatige staatssteun, wanneer steun wordt verleend, zonder dat het voornemen daartoe eerst bij de Commissie is aangemeld, maar ook wanneer de desbetreffende steun na te zijn aangemeld, wordt verleend nog voordat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven. Ongedaanmaking van onrechtmatig verleende staatssteun door middel van terugvordering wordt in de communautaire rechtspraak, zo werd in de inleiding al gesteld, dan gezien als het logische gevolg van de vaststelling dat de desbetreffende steun in strijd met het gemeenschapsrecht (en dus onrechtmatig) werd verleend.⁶

Op grond van artikel 14, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 is de Commissie bevoegd, zelfs verplicht, om in situaties waarin zij met betrekking tot onrechtmatige staatssteun vaststelt dat die steun met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar is, in een zogenaamde terugvorderingsbeschikking te gelasten dat de betrokken lidstaat de steun van de begunstigde zal terugvorderen. Volgens dezelfde bepaling verlangt de Commissie geen terugvordering wanneer dat in strijd zou zijn met een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

In een terugvorderingsbeschikking wordt aan de betrokken lidstaat de verplichting opgelegd volgens de toepasselijke nationale procedures alle nodige maatregelen te treffen om de onrechtmatige en onverenigbare staatssteun van de begunstigde(en) terug te vorderen. Om het doel van terugvordering te bereiken, te weten het herstel van de toestand van de concurrentieverhoudingen van vóór de onrechtmatige steunverlening, zullen ook alle extra financiële voordelen die zijn ontstaan door de steunverlening ongedaan moeten worden gemaakt. De terug te vorderen steun omvat daarom op grond van artikel 14, lid 2, van Verordening (EG) nr. 659/1999, ook rente. Soms verlangt de Commissie expliciet in een terugvorderingsbeschikking dat onrechtmatig verleende

5 Zie HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73, *Lorenz*, *Jur.* 1973, p. 1471, r.o. 4; HvJ EG 20 maart 1984, zaak 84/82, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 1984, p. 1451, r.o. 11; HvJ EG 28 januari 2003, zaak C-334/99, *Duitsland/Commissie*, *Jur.* 2003, p. I-1139, r.o. 49.

6 Zie bijv. HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87, *België/Commissie (Tubemeuse)*, *Jur.* 1987, p. I-959, r.o. 66; HvJ EG 29 april 2004, zaak C-278/00, *Griekenland/Commissie*, *Jur.* 2004, p. I-3997, r.o. 103.

steun niet alleen wordt teruggevorderd bij de direct begunstigden, maar ook bij eventuele andere begunstigden die van de steun hebben geprofiteerd.⁷

De terugvordering dient volgens artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999, maar ook volgens de gebruikelijke tekst van concrete terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie, onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat plaats te vinden, voor zover die procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten. Vanaf het moment waarop de beschikking aan de lidstaat wordt geadresseerd, wordt dit gezien artikel 249 EG een onvoorwaardelijke verplichting, die weliswaar is gericht tot de lidstaat als geheel, maar voor zover het hen aangaat, geldt voor alle bestuurslagen van de lidstaat, daaronder begrepen decentrale overheden.

De 'logische consequentie' van onrechtmatige staatssteun, terugvordering, wordt dus beheerst door een mix van communautaire en nationaalrechtelijke normen. De verwijzing naar het toepasselijke nationale recht van de betrokken lidstaat houdt verband met het ontbreken van communautaire bepalingen betreffende de procedure voor de teruggave van ten onrechte betaalde bedragen. De keuzevrijheid die de betrokken lidstaat heeft bij de tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, doet echter niets af aan de verplichting om alle maatregelen te nemen voor een *onverwijld* en *daadwerkelijke* terugvordering.

Via uitleg van de bekende, in de rechtspraak ontwikkelde, randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit, worden strenge eisen gesteld aan lidstaten in het kader van de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen. Zoals al blijkt uit de tekst van artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999, volgt uit de rechtspraak dat het in aanmerking komende nationale recht van een lidstaat slechts kan worden toegepast voor zover dat een onverwijld en effectieve uitvoering van de beschikking van de Commissie mogelijk maakt. Recentelijk nog bepaalde het Hof van Justitie in de zaak *Commissie/Frankrijk* dat een bepaling in het Franse recht, die voorziet in opschortende werking van beroepen tegen betalingsbevelen, buiten toepassing had moeten worden gelaten in het kader van de onverwijld en effectieve uitvoering van de beschikking van de Commissie.⁸

Het is vaste rechtspraak dat het toepasselijke nationale recht de door het gemeenschapsrecht verlangde terugvordering *niet praktisch onmogelijk* mag

7 Daarbij moet worden opgemerkt dat deze verruiming van de categorie van ondernemingen waarbij moet worden teruggevorderd vaak nog niet stand houdt in tegen de onderliggende beschikkingen van de Commissie aangespannen procedures. Zie bijv. GvEA EG 19 oktober 2005, zaak T-318/00, Freistaat Thüringen/Commissie, *Jur.* 2005, p. II-4179; GvEA EG 19 oktober 2005, zaak T-324/00, CDA Datenträger Albrechts/Commissie, *Jur.* 2005, p. II-4309. Dat was wel het geval in HvJ EG 13 juni 2000, zaak C-382/99, Nederland/Commissie, *Jur.* 2002, p. I-5163.

8 HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-232/05, Commissie/Frankrijk, n.n.g.

maken.⁹ Lidstaten kunnen zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen in ieder geval niet beroepen op nationale bepalingen, praktijken of situaties.¹⁰ Alleen aangevoerde, absolute onmogelijkheid tot tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking wordt nog als geldig verweer geaccepteerd.¹¹ Hieruit volgt dat de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen die met terugvordering van onrechtmatige staatssteun gepaard gaan, niet alleen een inspanning van het bestuur vergen in concrete terugvorderingszaken, maar ook van de wetgever in het algemeen. De wetgever dient ervoor te zorgen dat het nationale recht voldoende is toegesneden op mogelijke terugvordering van staatssteun. Uit het beginsel van gemeenschapstrouw, zoals verwoord in artikel 10 EG, vloeit voor de lidstaten immers de algemene verplichting voort alle algemene of bijzondere maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het Verdrag of uit handelingen van de instellingen van de Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.¹²

Wanneer een lidstaat zijn verplichtingen in relatie tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun niet blijkt na te (kunnen) komen, kan de Commissie ter handhaving van het EG-recht de zaak rechtstreeks bij het Hof van Justitie aanhangig maken in de vorm van een procedure wegens niet-nakoming.¹³ In de inleiding van deze bijdrage is al opgemerkt dat dit onlangs is gebeurd ten opzichte van Nederland. De Commissie heeft in de zaak *Fleuren Compost* namelijk geconstateerd dat Nederland zijn verplichtingen op grond van een terugvorderingsbeschikking uit 2000 meer dan zes jaar na dato nog steeds niet volledig is nagekomen.¹⁴ Op basis daarvan heeft de Commissie besloten Nederland te dagen voor het Hof van Justitie.¹⁵

Deze beroepsgang is een verkorte variant van het algemene beroep wegens niet-nakoming van verdragsverplichtingen door lidstaten op grond van artikel

9 Zie HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, *Nederland/Commissie*, *Jur.* 2002, p. I-5163, r.o. 90; HvJ 12 december 2003, zaak C-209/00, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2003, p. I-11695, r.o. 34; HvJ 26 juni 2003, zaak C-404/00, *Commissie/Spanje*, *Jur.* 2003, p. I-6695, r.o. 24.

10 Zie bijv. HvJ EG 21 maart 1991, zaak C-303/88, *Italië/Commissie*, *Jur.* 1991, p. I-1433, r.o. 60; HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 1990, p. I-3437, r.o. 18; HvJ EG 23 februari 1995, zaak C-349/93, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1995, p. I-343, r.o. 11.

11 Zie bijv. HvJ EG 1 april 2004, zaak C-99/02, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2004, p. I-3353, r.o. 16; HvJ EG 12 mei 2005, zaak C-415/03, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 2005, p. I-3875, r.o. 35.

12 Zie ook *Luja* 2000, p. 250; *Den Ouden, Jacobs & Verheij* 2004, p. 259; *Van Angeren & Den Ouden* 2005, p. 141.

13 Zie artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG juncto artikel 23, lid 1 van Verordening (EG) nr. 659/1999.

14 Zie de beschikking van de Commissie van 13 december 2000 betreffende de steunregeling die het Koninkrijk der Nederlanden ten uitvoer heeft gelegd ten gunste van zes mestverwerkende bedrijven, *PbEG* 2001, L 189/13. Zie naar aanleiding van deze zaak GvEA 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost BV/Commissie*, *Jur.* 2004, p. II-127; *ABRS* 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. W. den Ouden.

15 Persbericht van 25 januari 2007, 'Staatssteun: Commissie brengt Nederland voor Europees Hof van Justitie voor niet-terugvordering van onwettige steun aan mestbedrijven', IP/07/94.

226 EG. Als het Hof van Justitie vaststelt dat de betrokken lidstaat zijn verplichtingen uit een terugvorderingsbeschikking niet binnen de gestelde termijn is nagekomen, is de lidstaat op grond van artikel 228 EG gehouden die maatregelen te nemen, die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie. De lidstaat zal er dan alsnog voor moeten zorgen dat de terugvordering wordt gerealiseerd. Als dat om wat voor reden dan ook niet lukt, kan de zaak opnieuw voor het Hof worden gebracht, hetgeen kan leiden tot veroordeling van de lidstaat tot betaling van een boete, een dwangsom of een combinatie van beide.¹⁶

In het 'Actieplan Staatssteun' heeft de Commissie onlangs aangegeven haar toezicht op de naleving door de lidstaten van de voorwaarden die in staatssteunbeschikkingen zijn vastgelegd te willen versterken. In verband daarmee heeft zij bekend gemaakt op grond van voornoemde procedures actiever te gaan optreden, wanneer terugvordering niet onverwijld en daadwerkelijk lijkt plaats te vinden.¹⁷ Gegeven dit communautaire sanctiemechanisme, zal in de nu volgende paragraaf in kaart worden gebracht welke voorzieningen het huidige Nederlandse recht biedt voor naleving van de communautaire verplichtingen met betrekking tot de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen in situaties van onrechtmatige steunverlening.

3 HUIDIG NATIONAALRECHTELIJK KADER VOOR TERUGVORDERING VAN ONRECHTMATIGE STAATSTEUN IN NEDERLAND

3.1 Algemeen

Er bestaat in Nederland geen algemene staatssteunwet, waarin één algemene regeling over terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun is opgenomen.¹⁸ Wel bestaan er bepaalde wetten waarin rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van terugvordering van onrechtmatige staatssteun onder invloed van het Europese recht. Het betreft diverse subsidiekaderwetten voor ministeries op rijksniveau, waarin voor de desbetreffende ministeries wordt voorzien in een algemene wettelijke grondslag en algemene regels inzake subsidieverstrekking. Op deze wetten wordt hierna nog nader ingegaan. Mogelijk voorzien ook sommige algemene subsidieverordeningen van decentrale overheden in een op terugvordering van staatssteun toegesneden regeling,

16 Zie artikel 228 EG en HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, Commissie/Frankrijk, *Jur.* 2005, p. I-6263, r.o. 98-116.

17 Zie het Actieplan Staatssteun. Minder en beter gerichte staatssteun: een routekaart voor de hervorming van het staatssteunbeleid (2005-2009), COM(2005) 107 def.

18 Zie ook De Waard e.a. 2005. In deze rechtsvergelijkende studie wordt Malta genoemd als land waar wel een algemene staatssteunwet bestaat, zij het dat ook die wet niet voorziet in een regeling omtrent terugvordering.

maar vooralsnog is de inschatting dat dat aantal zeer gering is.¹⁹ Overigens zal voor de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie in Nederland moeten worden uitgegaan van het ‘gewone’ nationale recht, neergelegd in diverse algemene wettelijke regelingen, zoals de Algemene wet bestuursrecht, de Algemene wet inzake rijksbelastingen en het Burgerlijk Wetboek.

Dat niet slechts één van de hier genoemde algemene regelingen in aanmerking komt voor toepassing in relatie tot terugvordering van staatssteun, heeft te maken met het feit dat staatssteun in Nederland kan worden verleend in verschillende juridische vormen, zowel bestuursrechtelijk, fiscaal, als privaatrechtelijk. Afhankelijk van de juridische vorm waarin steun is verleend en het toepassingsbereik van de bepalingen in de algemene regelingen, zal in een concreet geval moeten worden bepaald op welk algemeen nationaalrechtelijk ‘terugvorderingsregime’ moet worden teruggevallen. Het is niet uitgesloten dat in één bepaalde zaak meerdere van deze algemene terugvorderingsregimes voor toepassing in aanmerking komen, aangezien in de praktijk vaak wordt gewerkt met complexe juridische steunverleningsconstructies. Daarnaast kan mogelijk ook het ongeschreven recht nog een rol spelen in de zoektocht naar voorzieningen voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Achtereenvolgens zal nu worden nagegaan welke terugvorderingsvoorzieningen liggen besloten in het bestuursrecht, het fiscale recht en het privaatrecht.²⁰

3.2 Terugvordering van staatssteun in het bestuursrecht

De Algemene wet bestuursrecht

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat vooralsnog alleen bepalingen over intrekking, wijziging en terugvordering van subsidies.

Artikel 4:21, lid 1, Awb luidt als volgt:

‘Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.’

¹⁹ Zie Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 257.

²⁰ Hoewel het fiscale recht ook wel wordt gerekend tot het bestuursrecht in ruime zin, wordt in het kader van deze bijdrage, in aansluiting bij andere publicaties over deze materie, een onderscheid gemaakt tussen beide rechtsgebieden. Overigens worden de wettelijke terugvorderingsregimes die het Nederlandse recht te bieden heeft hier niet in detail besproken. Het accent in deze bijdrage ligt op de mogelijke knelpunten die zich kunnen voordoen bij toepassing van deze terugvorderingsregimes in het licht van het Europese staatssteunrecht.

Bij vergelijking van dit begrip subsidie met het communautaire begrip staatssteun, in het licht van relevante jurisprudentie en parlementaire geschiedenis, blijkt dat beide begrippen maar ten dele samenvallen.²¹ Enerzijds is het subsidiebegrip in de Awb ruimer dan het begrip staatssteun, daar het niet alleen ziet op financiële verstrekkingen aan ondernemingen, maar ook aan particulieren.²² Anderzijds is het subsidiebegrip ook enger dan het begrip staatssteun. Zo valt steunverlening in natura bijvoorbeeld niet onder het subsidiebegrip van de Awb. Ook vallen verstrekkingen door andere actoren dan bestuursorganen niet onder laatstgenoemd begrip, terwijl het wel mogelijk is dat steunverlening plaatsvindt door privaatrechtelijke entiteiten die onder overwegende overheidsinvloed staan.²³ Verder wordt in de memorie van toelichting bij de subsidietitel in de Awb aangenomen dat deelnemingen in het aandelenkapitaal van ondernemingen geen subsidies kunnen zijn, terwijl dergelijke deelnemingen wel een vorm van staatssteun kunnen zijn.²⁴

Overigens worden in het tweede en derde lid van artikel 4:21 Awb bepaalde maatregelen die mogelijk ook neer kunnen komen op staatssteun in ieder geval uitgesloten van de werking van de subsidietitel. Het betreft in de eerste plaats aanspraken of verplichtingen die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift inzake belastingen of de heffing van een premie dan wel een premievervangende belasting ingevolge de Wet financiering volksverzekeringen (lid 2). De reden voor deze uitzondering is, zoals Den Ouden, Jacobs & Verheij stellen, dat hierop het formele en materiële belastingrecht al van toepassing is.²⁵ In de tweede plaats worden uitgezonderd aanspraken op financiële middelen die worden verstrekt op grond van een wettelijk voorschrift dat uitsluitend voorziet in de verstrekking aan rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (lid 3). Het betreft subsidies die uitsluitend aan overheden worden verstrekt.²⁶ In het kader van het staatssteunrecht is met name de eerstgenoemde uitzondering relevant, daar staatssteun vaak in de fiscale sfeer plaatsvindt. Voor terugvordering van dergelijke steun komt het Awb-regime niet in aanmerking.

De enige bepalingen die de Awb kent over intrekking, wijziging en terugvordering, kunnen dus slechts op een bepaalde categorie van steunmaatregelen worden toegepast, namelijk subsidies. Voor terugvordering van overige vormen van staatssteun, niet zijnde subsidies in de zin van de Awb, dient te worden gezocht naar andere voorzieningen. Onder die noemer van overige staatssteun

21 Deze bijdrage leent zich niet voor een uitvoerige bespreking van de verschillen en overeenkomsten tussen beide begrippen. Zie hierover wel uitgebreid Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 83-107; Adriaanse 2006a, p. 231-233.

22 Zie ook *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 28.

23 Zie bijv. HvJ EG 2 februari 1985, gev. zaken 67, 68 en 70/85, Gebroeders Van der Kooy, *Jur.* 1988, p. 219, r.o. 36-38.

24 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 32-33.

25 Den Ouden, Jacobs & Verheij 2003, p. 19.

26 Zie hierover uitgebreid Den Ouden, Jacobs & Verheij 2003, p. 19-21.

vallen fiscale maatregelen, privaatrechtelijke maatregelen, maar ook overige vormen van staatssteun die wel zijn te herleiden tot een besluit in de zin van de Awb, maar die niet als subsidie kunnen worden aangemerkt, of die van het toepassingsbereik van de Awb-subsidietitel zijn uitgezonderd. Met het oog op terugvordering van laatstgenoemde maatregelen op basis van een besluit kan wellicht het ongeschreven publiekrecht een uitkomst bieden voor terugvordering. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan nadeelcompensatie.²⁷

Voor zover de subsidietitel uit de Awb wel van toepassing is op een bepaalde steunmaatregel, moet daarbij worden benadrukt dat in de tekst van de Awb geen enkele verwijzing naar het Europese staatssteunrecht is opgenomen, en dus ook niet in de bepalingen die zien op beëindiging van subsidierelaties en terugvordering. In het kader van de totstandkoming van de Awb is wel aandacht besteed aan het staatssteunrecht, maar de Awb-wetgever achtte het destijds niet goed mogelijk en ook niet nodig om in de Awb te voorzien in algemene voorschriften inzake (terugvordering van) steunverlening.²⁸

Artikel 4:57 Awb luidt als volgt:

‘Onverschuldigd betaalde subsidiebedragen en voorschotten kunnen worden teruggevorderd voor zover na de dag waarop de subsidie is vastgesteld, dan wel de handeling bedoeld in artikel 4:49, eerste lid, onderdeel c, heeft plaatsgevonden, nog geen vijf jaren zijn verstreken.’

Deze bepaling is niet als algemene bevoegdheidsgrondslag voor terugvordering van subsidiebedragen en voorschotten geschreven. De wetgever beoogde slechts een verjaringstermijn te stellen.²⁹ In de rechtspraak wordt in artikel 4:57 Awb echter wel een algemene bevoegdheidsgrondslag tot terugvordering van onverschuldigd betaalde subsidies en voorschotten gelezen.³⁰ Met de invoering van de vierde tranche van de Awb wordt beoogd dit ook expliciet in de tekst van het nieuwe artikel 4:57 Awb tot uitdrukking te laten komen.³¹

Subsidiebedragen of voorschotten kunnen volgens deze regeling in de Awb alleen worden teruggevorderd als zij onverschuldigd zijn betaald. Dat veronderstelt dat de rechtsgrond voor de betaling is komen te vervallen. Volgens de systematiek van de Awb kan dat gebeuren door middel van intrekking of wijziging van een subsidiebeschikking ten nadele van de ontvanger of lagere

27 Zie hierover M.K.G. Tjepkema & W. den Ouden, ‘Voor het zelfde geld. Over de kwalificatie van publiekrechtelijke financiële verstrekkingen en hun wettelijk kader’, *Nederlands tijdschrift voor bestuursrecht* 2006 p. 101-116.

28 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 28-29.

29 Zie *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 84-85.

30 Zie ABRvS 2 augustus 2006, *JB* 2006, 274, r.o. 2.11.

31 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 28. De bevoegdheid tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde voorschotten wordt geregeld in artikel 4.4.1.11 Vierde Tranche Awb.

vaststelling van de subsidie. De daarvoor geldende dwingendrechtelijke regels zijn neergelegd in afdeling 4.2.6 van de Awb. Deze afdeling bevat bepalingen waarin limitatief bevoegdheidsgronden voor intrekking of wijziging (ook met terugwerkende kracht) van subsidieverleningsbeschikkingen, respectievelijk subsidievaststellingsbeschikkingen zijn opgenomen. Relevant zijn met name de artikelen 4:48 en 4:49 Awb. Wanneer een voorschot of een subsidiebedrag bij besluit eenmaal als onverschuldigd betaald is teruggevorderd, levert een dergelijk terugvorderingsbesluit naar huidig recht nog geen executoriale titel op. Indien de begunstigde van de steun onwillig is om te betalen, dient het betrokken bestuursorgaan om de terugbetaling door de ontvanger van de steun af te dwingen nu – afgezien van bijzondere invorderingsbevoegdheden – eerst nog een procedure bij de burgerlijke rechter te beginnen ter verkrijging van een executoriale titel. De vordering tot betaling wordt naar huidig recht namelijk niet als besluit aangemerkt. Wanneer de vierde tranche van de Awb in werking treedt, zal dat veranderen. Daarin is voorzien in een regeling omtrent invordering van publiekrechtelijke geldschulden, waarbij het dwangbevel expliciet wel als besluit wordt aangemerkt. De vierde tranche voorziet echter niet in een algemene bevoegdheidsgrondslag voor het uitvaardigen van dwangbevelen. Die bevoegdheidstoekenning wordt overgelaten aan de bijzondere formele wetgever. Voor zover in een concrete situatie een dergelijke bevoegdheid niet blijkt te zijn toegekend en terugbetaling niet vrijwillig geschiedt, zal dus ook na inwerkingtreding van de vierde tranche eerst nog bij de burgerlijke rechter moeten worden geprocedeerd, teneinde de volledige tenuitvoerlegging van verplichte terugvordering van onrechtmatige staatssteun te kunnen realiseren.³²

De wettelijke bepalingen uit de Awb over intrekking en terugvordering gelden alleen ten aanzien van subsidies die zijn verleend na inwerkingtreding van de Awb op 1 januari 1998. Voor intrekking en terugvordering van vóór die tijd verstrekte subsidies zal moeten worden teruggevallen op ongeschreven bevoegdheden, zoals die worden erkend in de rechtspraak (zie verder hierna).³³ De kans dat hierop zal moeten worden teruggevallen met het oog op terugvordering van staatssteun, neemt echter wel af. Uit artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 volgt namelijk dat de bevoegdheid van de Commissie om steun terug te (doen) vorderen, verjaart na een periode van tien jaar, te rekenen vanaf het moment waarop de steun aan de begunstigde werd verleend. Het moment waarop 1 januari 1998 meer dan tien jaar zal zijn geleden, ligt op het moment van dit schrijven niet ver weg meer.

Overigens moet worden opgemerkt dat de wettelijke regeling in de Awb geen grondslag biedt voor het vorderen van rente over genoten staatssteun die vanwege schending van het gemeenschapsrecht (op last van de Commissie)

32 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 61. Zie hierover uitgebreid M.W. Scheltema, *Publiekrechtelijke geldschulden*, Deventer: Kluwer 2005, p. 118 e.v.

33 Zie bijv. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. WdO.

moet worden teruggevorderd. In het huidige geschreven publiekrecht en overigens ook in het ongeschreven publiekrecht (zie hierna) ontbreekt een algemene bevoegdheid om wettelijke rente te vorderen over een onverschuldigd betaalde subsidie.³⁴ De beoogde vierde tranche van de Awb voorziet wel in een regeling over wettelijke rente, maar die sluit in meerdere opzichten niet aan bij de eisen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien inzake terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Daarop zal in paragraaf 4 nader worden ingegaan.

Subsidiekaderwetten

In diverse wetten in formele zin, de zogenaamde subsidiekaderwetten voor subsidieverstreking door verschillende ministeries, is een voorziening getroffen voor de mogelijkheid dat de in die wetten bedoelde subsidies als staatssteun moeten worden teruggevorderd.³⁵ In deze wetten wordt afgeweken van de limitatief opgesomde intrekings-/wijzigingsgronden in de Awb, wordt voorzien in een grondslag om rente te vorderen en wordt de verjaringstermijn uit de Awb met betrekking tot intrekking en terugvordering buiten toepassing verklaard in geval van terugvordering van staatssteun. Deze bijzondere voorzieningen zijn alleen van toepassing op subsidieverstreking op rijksniveau en bovendien alleen indien sprake is van subsidiëring op grond van één van deze wetten. In relatie tot subsidies van de desbetreffende ministeries buiten de kaderwetten om en vormen van staatssteun (al dan niet in de vorm van subsidies) van decentrale overheden kan dus geen beroep worden gedaan op deze op terugvordering van staatssteun toegesneden regelingen.³⁶

Ongeschreven bestuursrecht

Als met het oog op verplichte terugvordering van staatssteun in het bestuursrecht niet kan worden uitgegaan van geschreven wettelijke bepalingen (bijvoorbeeld omdat geen sprake is van een subsidie in de zin van de Awb of omdat de steunverlening dateert van vóór inwerkingtreding van de geschreven Awb-bepalingen) biedt het ongeschreven Nederlandse bestuursrecht nog enkele impliciete bevoegdheden.

In de rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State wordt het volgende, in het ongeschreven recht geldende uitgangspunt, aangenomen:

34 Zie ABRvS 10 juli 2002, *AB* 2003, 123, m.nt. NV; ABRvS 4 mei 2005, *AB* 2005, 395, m.nt. WdO; ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO.

35 Zie Kaderwet volksgezondheidssubsidies, *Stb.* 1998, 178; Kaderwet SZW-subsidies, *Stb.* 1997, 285; Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat, *Stb.* 1997, 724; Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Stb.* 1998, 739; Kaderwet LNV-subsidies, *Stb.* 1997, 710; Kaderwet EZ-subsidies, *Stb.* 1996, 180.

36 Zie ook Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 257.

‘dat aan het betrokken bestuursorgaan in beginsel niet de bevoegdheid kan worden ontzegd een begunstigende beschikking met terugwerkende kracht in te trekken indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. De toelaatbaarheid daarvan werd en wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel.’³⁷

Naast deze ongeschreven intrekingsbevoegdheid, wordt in de rechtspraak ook erkend dat wanneer een begunstigende beschikking eenmaal is ingetrokken, bij het ontbreken van een geschreven wettelijke terugvorderingsgrondslag, het onverschuldigd betaalde toch bij besluit kan worden teruggevorderd. Het rechtsbeginsel waaraan het publiekrechtelijke rechtsgevolg in dat geval volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden ontleend betreft:

‘(...) het algemene, ook in het bestuursrecht geldende rechtsbeginsel, volgens hetgeen onverschuldigd is betaald, kan worden teruggevorderd. Dit rechtsbeginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen. Voor bestuursorganen schept het dan een bevoegdheid omtrent de aanwending waarvan per geval beslist moet worden met inachtneming van de algemene bestuursrechtelijke normen die de aanwending van discretionaire bevoegdheden beheersen. Zo een beslissing, die strekt tot voldoening aan de bestuursrechtelijke voorwaarden voor een rechtmatige terugvordering, opdat naar het bestuursrecht een betalingsverplichting ontstaat, is gericht op publiekrechtelijk rechtsgevolg.’³⁸

Dezelfde redenering is door de Afdeling bestuursrechtspraak toegepast met betrekking tot een besluit (tot terugvordering) wegens ongerechtvaardigde verrijking.

‘Naar het oordeel van de Afdeling geldt het vorenstaande ook ten aanzien van het algemene rechtsbeginsel, inhoudende dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.’³⁹

Ook dit beginsel is van bestuursrechtelijke aard, wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen.

37 Zie ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO; ABRvS 2 augustus 2006, *JB* 2006, 274. Den Ouden wijst er in een annotatie bij de uitspraak van 11 januari 2006 op dat deze formulering in vergelijking met eerdere uitspraken van de Afdeling wel wat aan de ruime kant is. Zij verwijst naar ABRvS 8 februari 2000, *AB* 2001, 118 en ABRvS 14 januari 2000, *JB* 2000, 65.

38 ABRvS 21 oktober 1996, *AB* 1996, 496, m.nt. NV. Zie ook ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208, m.nt. WdO; ABRvS 2 augustus 2006, *JB* 2006, 274.

39 ABRvS 26 augustus 1997, *AB* 1997, 461, m.nt. NV.

Deze in het ongeschreven recht erkende bevoegdheden hebben in beginsel betrekking op onverschuldigd betaalde subsidies, maar gelden ook voor andere bestuursrechtelijke financiële verstrekkingen. Hiervoor is aangegeven dat voor subsidies vanaf 1998 in de Awb reeds een intrekking- en terugvorderingsregeling in het geschreven recht (zeker als de vierde tranche Awb in werking zal treden) ligt besloten. De ongeschreven bevoegdheden, toegepast in de context van steunverlening, zijn dus vooral van belang voor steunmaatregelen in de vorm van ‘andere bestuursrechtelijke financiële verstrekkingen’ (denk bijvoorbeeld aan fiscale voordelen die niet via het fiscale recht kunnen worden ‘teruggevorderd’), subsidies van vóór de inwerkingtreding van de Awb-regeling en buiten de reikwijdte van de subsidietitel gehouden verstrekkingen (zie de eerder genoemde uitzonderingen in de leden 2 en 3 van artikel 4:21 Awb).

Uit diverse uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt ook dat uit het ongeschreven bestuursrecht géén bevoegdheid tot het vorderen van wettelijke rente kan worden afgeleid. Er bestaat geen geïmpliceerde bevoegdheid op dit punt. Volgens de Afdeling is voor deze bevoegdheid een bevoegdheidsgrondslag in het geschreven nationale bestuursrecht vereist.⁴⁰ Hiervoor is aangegeven dat een dergelijke geschreven grondslag, behoudens in de besproken subsidiekaderwetten, in het huidige Nederlandse recht ontbreekt. Dat dit problematisch kan zijn in relatie tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun wordt nader besproken in paragraaf 4.

3.3 Terugvordering van staatssteun in het fiscale recht

Het Nederlandse belastingrecht, zoals geregeld in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR), biedt verschillende ‘terugvorderings’modaliteiten die voor toepassing in aanmerking komen in relatie tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Het betreft de regeling over navordering, geregeld in artikel 16 AWR, en de regeling over naheffing, geregeld in artikel 20 AWR. Navordering komt in aanmerking in de sfeer van de directe belastingen (aanslagbelastingen, bijvoorbeeld vennootschapsbelasting), terwijl naheffing geldt met betrekking tot indirecte belastingen (belastingen op aangifte, bijvoorbeeld omzetbelasting). Afhankelijk van de soort fiscale steunverlening, zal voor een ‘terugvordering’ via het huidige belastingrecht moeten worden uitgegaan van één van deze regelingen.⁴¹

Artikel 16, lid 1, AWR luidt als volgt:

40 Zie ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123, m.nt. NV; ABRvS 4 mei 2005 AB 2005, 395, m.nt. WdO; ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208, m.nt. WdO.

41 Als steunverlening erop neerkomt dat te weinig belasting is betaald, is het gebruik van de term ‘terugvordering’ enigszins verwarrend. Desalniettemin wordt in deze bijdrage, in het licht van de communautaire staatssteunterminologie toch ook in dergelijke situaties de term terugvordering gebruikt.

‘Indien enig feit grond oplevert voor het vermoeden dat een aanslag ten onrechte achterwege wordt gelaten of tot een te laag bedrag is vastgesteld, dan wel dat een in de belastingwet voorziene vermindering, ontheffing, teruggaaf of heffingskorting ten onrechte of tot een te hoog bedrag is verleend, kan de inspecteur de te weinig geheven belasting dan wel de ten onrechte of tot een te hoog bedrag verleende heffingskorting navorderen. Een feit, dat de inspecteur bekend was of redelijkerwijs bekend had kunnen zijn, kan geen grond voor navordering opleveren, behoudens in de gevallen waarin de belastingplichtige ter zake van dit feit te kwader trouw is.’

In deze bepaling ligt het vereiste van een ‘nieuw feit’ besloten. In paragraaf 4 zal worden besproken in hoeverre deze eis een knelpunt kan opleveren met het oog op terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Overigens is het van belang te wijzen op het derde lid van artikel 16 AWR, waarin is bepaald dat de navorderingsbevoegdheid in beginsel verjaart na een termijn van vijf jaar na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan. Ook dit vereiste zal in paragraaf 4 nader worden besproken in het licht van het Europese staatssteunrecht.

Artikel 20, lid 1, AWR luidt als volgt:

‘Indien belasting die op aangifte behoort te worden voldaan of afgedragen, geheel of gedeeltelijk niet is betaald, kan de inspecteur de te weinig geheven belasting naheffen. Met geheel of gedeeltelijk niet betaald zijn wordt gelijk gesteld het geval waarin, naar aanleiding van een ingevolge de belastingwet gedaan verzoek, ten onrechte of tot een te hoog bedrag, vrijstelling of vermindering van inhouding van belasting dan wel teruggaaf van belasting is verleend.’

In de regeling voor naheffing ligt, anders dan wat geldt voor navordering, niet de eis van een nieuw feit besloten. Wel zouden bij de uitoefening van deze bevoegdheid uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur beperkingen kunnen voortvloeien. Ook de bevoegdheid tot naheffing verjaart ingevolge artikel 20, lid 3, AWR na verloop van een termijn van vijf jaar.

Wattel heeft daarnaast nog gewezen op de mogelijkheid van verrekening in de zin van artikel 24, lid 2, Invorderingswet 1990. Onrechtmatige staatssteun zou dan op grond van de in deze bepaling neergelegde verrekeningsbevoegdheid van de inspecteur kunnen worden verrekend met belastingrestituties waarop de ten onrechte gesteunde onderneming uit anderen hoofde recht zou kunnen hebben.⁴²

Voor de invordering van bedragen kent het belastingrecht een eigen regeling. Op grond van artikel 12 Invorderingswet 1990 kan de ontvanger een dwangbevel doen uitgaan, dat op grond van artikel 14 van die wet een executoriale titel oplevert, mits het is betekend met een bevel tot betaling aan

42 A-G Wattel in een conclusie bij HR 30 september 2005, *BNB* 2006, 187 c.

de belastingschuldige.⁴³ Na inwerkingtreding van de vierde tranche Awb worden op deze invorderingsbevoegdheid de algemene bepalingen uit de beoogde Awb-regeling van toepassing.

Wat betreft rente kent het belastingrecht bijzondere regels, neergelegd in de artikelen 30f-30j AWR en de artikelen 28-31 Invorderingswet 1990. In afwijking van het in het gewone recht neergelegde stelsel van wettelijke rente, gaan deze bijzondere regels over heffingsrente en invorderingsrente. Verder verschilt onder andere de berekeningswijze en geldt een afwijkende betalingstermijn.⁴⁴ In de regeling over rente in het wetsvoorstel vierde tranche Awb is rekening gehouden met de mogelijkheid dat bij bijzondere formele wet wordt afgeweken van de beoogde Awb-regeling inzake verzuim en rente. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt erkend dat het vanwege de eigen aard van dit gebied niet goed mogelijk is de beoogde Awb-regeling zonder meer van toepassing te laten zijn in het belastingrecht.⁴⁵ Voor het vorderen van rente in het kader van terugvordering van onrechtmatige staatssteun zal dus ook na inwerkingtreding van de vierde tranche in beginsel moeten worden uitgegaan van de bijzondere renteregeling in het belastingrecht.

3.4 Terugvordering van staatssteun in het privaatrecht

In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek (BW) staan verschillende regelingen die, afzonderlijk of in combinatie, in aanmerking kunnen komen ter realisering van verplichte terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Op deze regelingen in het nationale recht zal naar de huidige stand van het recht in ieder geval moeten worden teruggevallen wanneer sprake is van steunverlening in privaatrechtelijke vorm, zoals de verkoop, bijvoorbeeld door een gemeente, van een stuk grond onder de marktprijs. Echter, ook voor ander steunvormen geldt dat wanneer het bestuursrecht en het fiscaal recht geen mogelijkheden bieden om de verplichte terugvordering van staatssteun te realiseren, wellicht kan worden teruggevallen op deze algemene regelingen in het privaatrecht. De in aanmerking komende regelingen betreffen achtereenvolgens de nietigheid van rechtshandelingen (artikel 3:40 BW), onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW), ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW), wettelijke rente (artikel 6:119 BW) revindicatie (artikel 5:2 BW) en de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW).

⁴³ Zie Scheltema 2005, p. 112-113.

⁴⁴ Zie Scheltema 2005, p. 79-80 en 88.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, p. 52.

Nietigheid

Uit eerder onderzoek blijkt dat toepassing van de regeling van artikel 3:40 BW in situaties van onrechtmatige staatssteun impliceert dat de rechtshandelingen op basis waarvan de onrechtmatige steun is gebaseerd als nietig moeten worden aangemerkt. Aangenomen dat artikel 88, lid 3, laatste zin, EG (waarin de standstill-verplichting is neergelegd) kan worden beschouwd als een dwingende wetbepaling die de strekking heeft daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten,⁴⁶ kan nietigheid in de eerste plaats worden aangenomen op grond van artikel 3:40, lid 2, BW. In de tweede plaats kan onrechtmatige steunverlening in het Nederlandse recht ook nietigheid in de zin van artikel 3:40, lid 1, BW impliceren vanwege een strekking die (via de wet) in strijd komt met de openbare orde of de goede zeden. Zeker is dat het geval wanneer de steunverlener en de steunontvanger tezamen bewust de communautaire regels inzake steunverleningscontrole door de Commissie trachten te omzeilen.⁴⁷

Hoewel de regeling van nietigheid in artikel 3:40 BW via de schakelbepaling in artikel 3:59 BW in beginsel ook toepassing kan vinden buiten het vermogensrecht, wordt vaak aangenomen dat de regeling inzake nietigheid en vernietigbaarheid uit het BW zich niet goed leent voor overeenkomstige toepassing op publiekrechtelijke rechtshandelingen, omdat het publiekrecht een eigen systematiek kent inzake intrekking en vernietiging van besluiten.⁴⁸ Met betrekking tot steunverlening op basis van niet appellabele besluiten gaat die redenering echter niet geheel op – zij kunnen immers niet door een bestuursrechter worden vernietigd – zodat naar mijn mening voor dergelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen de privaatrechtelijke regeling van nietigheid via de schakelbepaling van artikel 3:59 BW wel toepassing kan vinden, uiteraard voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daar overigens niet tegen verzet.⁴⁹

Onverschuldigde betaling

Nietigheid van een rechtshandeling impliceert dat de rechtsgrond voor de prestaties die op basis van de desbetreffende handeling zijn verricht komen

46 Zie HvJ EG 21 november 1991, zaak C-354/90, FNCE, *Jur.* 1991, p. I-5505, r.o. 12. Deze redenering werd ook gevolgd in BGH, Urt. 4.4.2003 – V ZR 314/02 (Naumburg) en Cour de Cassation 18 juni 1992, *TRV* 1993, p. 235 (Tubemeuse).

47 Zie Adriaanse 2006a, p. 298-304.

48 Zie bijv. W. Snijders, 'Wederzijdse beïnvloeding van privaatrecht en bestuursrecht (NBW en Awb)', *WPNR* 1992, p. 1000-1001; C.C. van Dam, 'Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid' en Gevolgen van nietigheid en vernietigbaarheid', in: J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004, p. 279-280.

49 Zie ook M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 130, 194-195, 198.

te vervallen. Die prestaties zijn dan onverschuldigd verricht, hetgeen de mogelijkheid biedt die prestaties op grond van artikel 6:203 BW terug te vorderen.

Artikel 6:203, lid 1, BW luidt als volgt:

‘Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen.’

Indien de onverschuldigde betaling een geldsom betreft, strekt de vordering op grond van artikel 6:203 BW tot teruggave van een gelijk bedrag. Het derde lid van deze bepaling geeft degene die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard heeft verricht, jegens de ontvanger eveneens het recht op ongedaanmaking daarvan. De effectuering en executie van deze ongedaanmakingsverplichtingen verlopen via de normale regels van het privaatrecht. De communautaire context van de terugvordering van onrechtmatige staatssteun impliceert overigens dat de bepalingen van de regeling van onverschuldigde betaling in het BW in het licht van het gemeenschapsrecht moeten worden uitgelegd en toegepast. Zo heeft bijvoorbeeld de ontvanger volgens artikel 6:207 BW, tenzij hij het goed te kwader trouw heeft aangenomen, binnen de grenzen van de redelijkheid recht op vergoeding van de kosten van het ontvangen en teruggeven van het goed. In het licht van vaste communautaire rechtspraak kan een ontvanger van onrechtmatige staatssteun echter niet te goeder trouw zijn, daar een behoedzaam ondernemer wordt geacht zich ervan te vergewissen of de steunverlening in overeenstemming is met het toepasselijke gemeenschapsrecht.⁵⁰

Toepassing van de geldende verjaringstermijn van vijf jaar voor vorderingen uit onverschuldigde betaling, zoals neergelegd in artikel 3:309 BW, kan een knelpunt opleveren in de context van verplichte terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Daarentegen geldt voor andere bepalingen dat zij wellicht juist kunnen voorzien in een (aanvullende) mogelijkheid de verplichte terugvordering volledig te realiseren. Dat geldt bijvoorbeeld voor artikel 6:206, waarin enkele artikelen uit boek 3 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard met betrekking tot vorderingen uit onverschuldigde betaling, voor zover het de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten en schade betreft. Eén van deze bepalingen betreft artikel 3:121, lid 1, BW dat bepaalt dat een bezitter die niet te goeder trouw is, jegens de rechthebbende behalve tot afgifte van het goed ook verplicht is tot het afgeven van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten. Uitgaande van de hiervoor weergegeven communautaire jurisprudentie over de (on)mogelijkheid van gerechtvaardigd vertrouwen bij de ontvanger van onrechtmatige staatssteun, biedt deze bepaling wellicht een opening om van de niet te goeder

50 Zie bijv. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95, Land Rheinland-Pfalz, *Jur.* 1997, p. I-1591, r.o. 25; HvJ EG 15 december 2005, zaak C-148/04, *Jur.* 2005, p. I-11137, r.o. 104-112.

trouw zijnde ontvanger, vanaf het moment van ontvangst van de steun de genoten rente over de verkregen steun te vorderen. Zoals hierna nog zal worden aangegeven, voorziet de regeling in het BW omtrent wettelijke rente namelijk niet in die mogelijkheid.

Revindicatie

Indien de rechtsverhouding de verkoop van een zaak betreft, heeft nietigheid (ook) tot gevolg dat de geldige titel aan de overdracht komt te vervallen, hetgeen op grond van artikel 3:84 BW impliceert dat de overdracht ongeldig is en de zaak wordt geacht altijd bij de verkoper te zijn gebleven. Artikel 5:2 BW biedt dan de mogelijkheid de zaak te revindiceren.

Ongerechtvaardigde verrijking

De regeling van ongerechtvaardigde verrijking, zoals neergelegd in artikel 6:212 BW, strekt tot het verkrijgen van schadevergoeding.

Artikel 6:212, lid 1, BW luidt als volgt:

‘Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.’

Voor zover de verrijking samenvalt met een onverschuldigde betaling, verdient een vordering uit onverschuldigde betaling de voorkeur. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking biedt echter aanvullende mogelijkheden als de steunverlening niet de vorm van een betaling heeft aangenomen, maar bijvoorbeeld van een kwijschelding. Ook zou op basis van deze actie tegemoet kunnen worden gekomen aan het vereiste dat rente wordt gevorderd over de periode dat de steunontvanger de steun in zijn bezit heeft gehad.

De mogelijkheid om een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen verjaart volgens artikel 3:310, lid 1, BW eveneens na verloop van vijf jaar. Deze termijn kan een knelpunt vormen in het kader van terugvordering van staatssteun, zoals ook is opgemerkt in relatie tot acties uit onverschuldigde betaling.

Wettelijke rente

Het Burgerlijk Wetboek kent een regeling omtrent wettelijke rente, als schadevergoeding die is verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom. Deze regeling is neergelegd in artikel 6:119 BW en verder. Mogelijke knelpunten bij toepassing van deze regeling in de context van terugvordering van onrechtmatige staatssteun zijn dat deze rente alleen van toepassing lijkt te zijn voor zover de ‘terugbetaling’ de vorm van een geldsom aanneemt en deze regeling bovendien uitgaat van het vereiste van verzuim. Voordat ver-

zuim intreedt, kan volgens deze regeling geen rente worden gevorderd. Als hoofdregel geldt op grond van artikel 6:82 lid 1 BW dat het verzuim pas intreedt, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Deze regel verhoudt zich slecht met de gemeenschapsrechtelijke eis dat de rente moet worden gevorderd vanaf het moment dat de onrechtmatige staatssteun voor de begunstigde beschikbaar was.

Redelijkheid en billijkheid

Overigens moet ook rekening worden gehouden met de derogerende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid, al dan niet ingevuld met behulp van de algemene beginselen van bestuur, voor zover van toepassing. Uit artikel 6:2, lid 2, BW blijkt dat een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In het kader van terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan deze werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid van pas komen om te bewerkstelligen dat bepaalde prestaties worden gecorrigeerd. Te denken valt aan de eerder genoemde vorm van steunverlening bestaande uit de verkoop van een stuk grond onder de marktprijs. Via de werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid kan dan wellicht worden bewerkstelligd dat alsnog een marktconforme prijs wordt betaald, terwijl de overeenkomst overigens in stand blijft.

4 KNELPUNTEN

Bij de bespreking van het nationaalrechtelijk kader, zoals dat bij huidige stand van het Nederlandse recht in aanmerking komt voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun, kwamen al diverse (mogelijke) knelpunten ter sprake. In deze paragraaf wordt, mede op basis van ander onderzoek,⁵¹ nader geïnventariseerd welke (mogelijke) knelpunten zich in het huidige Nederlandse recht (kunnen) voordoen. Achtereenvolgens komen aan de orde: grondslagen voor terugvordering van de eigenlijke staatssteun, grondslagen voor het vorderen van rente, termijnen, vertrouwen bij de ontvanger, terugvordering

51 Zie Luja 1999, p. 1045-1055; Luja 2000; Visser 2000, p. 863-871; Luja 2003; Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004, 236-262; De Waard e.a. 2005; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 75-204; Van Slooten 2005, p. 205-303; Adriaanse 2006a; Adriaanse 2006b, p. 157-184.

van andere begunstigden dan de ontvanger, en de verhouding tussen de verantwoordelijke lidstaat en het steunverlenende orgaan.⁵²

Grondslagen voor terugvordering van de eigenlijke staatssteun
In het Nederlandse bestuursrecht blijkt terugvordering van de eigenlijke staatssteun, wanneer deze is verleend in de vorm van een begunstigende beschikking (anders dan in de fiscale sfeer), op zich niet onmogelijk te zijn, maar een schoonheidsprijs verdient het zeker niet.

Slechts voor een bepaalde categorie 'bestuursrechtelijke' steunmaatregelen, namelijk subsidies, bestaan algemene geschreven bepalingen omtrent intrekking, wijziging en terugvordering. Voor het overige moet worden teruggevallen op het ongeschreven recht. Uit de eerder al aangehaalde rechtspraak blijkt dat uit het ongeschreven recht zowel een (geïmpliceerde) bevoegdheid tot intrekking als een bevoegdheid tot terugvordering kan worden afgeleid. Met het oog op rechtszekerheid, verdient het echter aanbeveling ook voor overige vormen van steunverlening in de vorm van een begunstigende beschikking te voorzien in een geschreven bevoegdheidsgrondslag tot intrekking en terugvordering, waarbij rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat intrekking en terugvordering vereist kunnen zijn wegens schending van het gemeenschapsrecht (inzake staatssteun).⁵³

Alleen voor bepaalde soorten subsidies, namelijk die van verschillende departementen op rijksniveau, bestaan bijzondere regels omtrent intrekking en terugvordering die zijn toegesneden op de terugvordering van staatssteun. Deze regels liggen besloten in de diverse subsidiekaderwetten. Op subsidieverstrekking door andere overheden zijn deze bijzondere regelingen echter niet van toepassing. Datzelfde geldt met betrekking tot subsidies van de desbetreffende ministeries buiten de kaderwetten om.⁵⁴

Voor zover moet worden teruggevallen op de algemene Awb-bepalingen omtrent intrekking, wijziging en terugvordering, blijken deze slechts met moeite te kunnen worden toegepast in de context van terugvordering van onrechtmatige staatssteun.⁵⁵ In de eerste plaats zijn de bepalingen omtrent intrekking van subsidiebeschikkingen duidelijk niet geschreven met het oog op situaties van onrechtmatige steunverlening. Van de limitatief opgesomde intrekkingsgronden komen alleen artikel 4:48, lid 1, sub d, Awb (met betrekking tot intrekking van een verleningsbeschikking) en artikel 4:49, lid 1, sub b, Awb (met betrekking tot intrekking van een vaststellingsbeschikking) voor toepassing in aanmerking. De bewoordingen van deze bepalingen, namelijk dat de subsidieverlening of -vaststelling '(anderszins) onjuist was en de

52 Deze analyse is zorgvuldig gemaakt, maar beoogt niet uitputtend te zijn met betrekking tot (mogelijke) knelpunten in het Nederlandse recht. Eerder werd al gewezen op mogelijke consequenties voor het insolventierecht, dat geen onderdeel uitmaakt van de bespreking in deze bijdrage.

53 Zie ook W. den Ouden in een annotatie bij ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208.

54 Zie ook Den Ouden, Jacobs & Verheij 2004, p. 257.

55 Zie ook Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 191-192.

subsidie-ontvanger dit wist of behoorde te weten' moeten dan wel zeer gemeenschapsrechtvriendelijk worden gelezen, in afwijking van de nationaalrechtelijke interpretatie waarbij de onjuistheid louter kan zien op een kleine vergissing, zoals een typefout of een verkeerde berekening.⁵⁶ Een expliciete bevoegdheidsgrondslag voor intrekking ingeval sprake blijkt te zijn van onrechtmatige steunverlening in het licht van het Europese gemeenschapsrecht, verdient hier aanbeveling. In de tweede plaats strookt, zoals eerder al is aangegeven, de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de bepaling over terugvordering van subsidies, artikel 4:57 Awb, nu niet met de uitleg die aan deze bepaling wordt gegeven in de rechtspraak. In de praktijk zal dit echter geen echt knelpunt voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun opleveren. Dat in artikel 4:57 Awb wél een bevoegdheidsgrondslag voor terugvordering bij besluit ligt besloten, zal met de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb overigens buiten alle twijfel worden verheven.

In het Nederlandse fiscale recht liggen in de artikelen 16 en 20 AWR bevoegdheidsgrondslagen voor 'terug'vordering van de eigenlijke, onrechtmatig verleende, staatssteun in fiscale vorm besloten, zij het dat artikel 16 AWR vanwege het 'nieuw feit'-vereiste een knelpunt vormt indien deze bepaling letterlijk, op de gebruikelijke nationale wijze, wordt geïnterpreteerd. Onrechtmatigheid van steunverlening wegens schending van het Europese staatssteunrecht, vormt strikt genomen immers een omstandigheid die reeds vanaf het begin van de verlening een feit is. Via een gemeenschapsrechtvriendelijke interpretatie kan dit knelpunt worden omzeild.⁵⁷ Met het oog op de rechtszekerheid zou ook op dit punt de nationale wetgeving kunnen worden aangepast.

In het Nederlandse privaatrecht lijken, voor zover van toepassing, de algemene bepalingen inzake nietigheid, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, revindicatie en redelijkheid en billijkheid, al dan niet in combinatie met elkaar, voldoende grondslagen te bieden om terugvordering van onrechtmatige staatssteun in gang te zetten. Onder invloed van het gemeenschapsrecht kan wel vereist zijn dat bestaande bepalingen anders moeten worden uitgelegd dan gangbaar is in puur nationale situaties. Zo moet in het licht van het geldende gemeenschapsrecht worden aangenomen dat de ontvanger van onrechtmatige staatssteun, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet te goeder trouw kan zijn. Bijgevolg kan vergoeding van de kosten van het ontvangen en teruggeven in de zin van artikel 6:207 BW bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun zich niet voordoen. Overigens valt te wijzen

56 Zie ook Luja 2000, p. 248; J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, Preadvis voor de vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer: Kluwer 2004, p. 145.

57 Zie ook Luja 1999, p. 1046; Visser 2000, p. 869; Van Slooten 2005, p. 288-289; De Waard e.a. 2005; A-G Wattel in een conclusie bij HR 30 september 2005, *BNB* 2006, 187 c.

op artikel 6:212, lid 1, BW waarin staat dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander verplicht is, 'voor zover dit redelijk is', diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Eerder is aangegeven dat terugvordering van onrechtmatige staatssteun in de communautaire rechtspraak wordt beschouwd als het logische gevolg van de vaststelling dat steun onwettig is. Uit vaste rechtspraak blijkt dan ook dat (het gelasten van) die terugvordering in beginsel niet wordt gezien als een maatregel die onevenredig is ten opzichte van de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun.⁵⁸ Verder leent ook het tweede lid van artikel 6:212 BW, waarin is bepaald dat een verrijking buiten beschouwing blijft voor zover deze is vermindert als gevolg van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend zich in het licht van de communautaire rechtspraak over mogelijke gerechtvaardigde verwachtingen niet goed voor toepassing in situaties van onrechtmatige staatssteun. In hoeverre een bepaling als artikel 6:101 BW, waarin rekening wordt gehouden met mogelijke eigen schuld van de benadeelde (lees in de context van onrechtmatige steunverlening: de steunverlener) toepassing kan vinden bij verplichte terugvordering is op voorhand niet met zekerheid te zeggen. In de zaak *Fleuren Compost* oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg dat onjuiste informatie die door de Nederlandse autoriteiten was verstrekt bij verzoekster (*Fleuren Compost*) geen gerechtvaardigd vertrouwen jegens de Commissie kon hebben doen ontstaan.⁵⁹ Dat oordeel sluit nog niet uit dat dergelijke onjuiste informatieverstrekking in het kader van de verplichte tenuitvoerlegging van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie op nationaal niveau wél een rol zou kunnen spelen. Het is immers vaste communautaire rechtspraak dat nationale rechters rekening kunnen houden met uitzonderlijke omstandigheden waarin vertrouwen in de rechtmatigheid van ontvangen staatssteun bij de begunstigden toch gerechtvaardigd kan zijn. Het is aan de aangezochte nationale rechter de omstandigheden van het geval te beoordelen, na eventueel prejudiciële uitleggingsvragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie.⁶⁰

Grondslagen voor het vorderen van rente

In het huidige Nederlandse recht blijkt moeilijk tegemoet te kunnen worden gekomen aan het vereiste dat niet alleen de eigenlijke steun wordt teruggevorderd, maar ook de daarover genoten rente gedurende de gehele periode dat de steun ter beschikking stond aan de ontvanger. Eerder is opgemerkt dat

58 Zie bijv. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-298/00 P, *Italië/Commissie*, *Jur.* 2004, p. I-4087, r.o. 75.

59 GvEA EG 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost/Commissie*, *Jur.* 2004, p. II-127, r.o. 143.

60 Zie bijv. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, *Commissie/Duitsland (BUG-Alutechnik)*, *Jur.* 1990, p. I-3437, r.o. 16. Zie ook HvJ EG 14 januari 2004, zaak T-109/01, *Fleuren Compost/Commissie*, *AB* 2004, 411, m.nt. AdMvV.

– behoudens uitzonderingen in bijzondere regelingen, zoals de subsidiekaderwetten – noch in het geschreven bestuursrecht, noch in het ongeschreven bestuursrecht een grondslag voor het vorderen van dergelijke rente kan worden gevonden. De voorgestelde regeling omtrent rente in de vierde tranche Awb zal hierin maar voor een deel verandering brengen, aangezien in die regeling in aansluiting bij de regeling in het BW slechts wordt uitgegaan van rentevergoeding over de periode dat de schuldenaar in verzuim is.⁶¹ In het fiscale recht bestaat wel een regeling voor het vorderen van rente. Datzelfde geldt voor het privaatrecht, zij het dat daarin, als opgemerkt, wordt uitgegaan van verzuim als voorwaarde voor het kunnen vorderen van wettelijke rente. Volgens artikel 6:81 BW is, behoudens enkele uitzonderingen, sprake van verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden. Hiervoor is al aangegeven dat verzuim volgens de hoofdregel van artikel 6:82 lid 1 BW pas intreedt, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Dit uitgangspunt sluit niet aan bij het hiervoor genoemde communautaire vereiste dat de rente wordt gevorderd vanaf het moment dat de steun ter beschikking stond van de begunstigde. Een ander mogelijk knelpunt vormt het feit dat de wettelijke rente volgens artikel 6:120 BW bij algemene maatregel van bestuur wordt vastgesteld, terwijl de te vorderen rente bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun door de Commissie wordt bepaald.⁶² Eerder is opgemerkt dat de regeling inzake ongerechtvaardigde verrijking en de regeling omtrent afgifte van vruchten ex artikel 6:121 BW wellicht een uitkomst bieden om in het huidige recht tegemoet te kunnen komen aan de communautaire vereisten inzake het vorderen van rente over genoten onrechtmatige steun.⁶³

Termijnen

Omdat terugvordering van onrechtmatige staatssteun kan worden gelast tot tien jaar nadat de steun is verleend, doen zich in het huidige Nederlandse recht ten aanzien van gestelde verjaringstermijnen op diverse plaatsen knelpunten voor. In het bestuursrecht blijkt de bevoegdheid tot intrekking van subsidiebeschikkingen en de terugvordering van subsidies en voorschotten gekoppeld te zijn aan een verjaringstermijn van vijf jaar. Diezelfde termijn is in het fiscale recht gesteld voor het uitoefenen van de bevoegdheid tot zowel navordering als naheffing. Ook privaatrechtelijke acties uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking zijn onderhevig aan verjaringstermijnen van

61 Zie ook N. Verheij in een annotatie bij ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123; Polak & Den Ouden 2004, p. 147; Den Ouden & Van Angeren 2005, p. 159-161; W. den Ouden in een annotatie bij ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208.

62 Zie Verordening (EG) nr. 794/2004, PbEU 2004, L 140/1.

63 Zie ook Luja 2000, p. 249.

vijf jaar. Alleen in de subsidiekaderwetten is expliciet bepaald dat verjaringstermijnen uit de Awb niet van toepassing zijn op de intrekking of wijziging van subsidies die in strijd komen met 'ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen'. Diverse auteurs hebben er al op gewezen dat de nationale verjaringsbepalingen in het kader van terugvordering van onrechtmatige staatssteun geen toepassing kunnen vinden, voor zover zij in de weg zouden staan aan de effectieve tenuitvoerlegging van het gemeenschapsrecht.⁶⁴ Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als over de volle breedte van het nationale recht ook expliciet zou worden voorzien in de mogelijkheid tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun gedurende een periode van tien jaar vanaf het moment waarop de steun is verleend.

Vertrouwen bij de ontvanger

In de communautaire rechtspraak wordt aangenomen dat een behoedzaam ondernemer normaliter in staat moet worden geacht zich ervan te vergewissen of bij steunverlening de procedure is gevolgd in overeenstemming met het toepasselijke gemeenschapsrecht. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kunnen verwachtingen bij begunstigten gerechtvaardigd zijn.⁶⁵ Voor zover het nationale recht voorziet in mogelijkheden rekening te houden met opgewekte verwachtingen, vertrouwen of goede trouw, zullen de desbetreffende bepalingen of beginselen in het licht van deze strenge communautaire rechtspraak moeten worden uitgelegd.⁶⁶ Concreet heeft dit consequenties voor toepassing van onder meer de artikelen 4:48 en 4:49 Awb, artikel 6:203 e.v. BW en artikel 6:212 BW. Hoewel dit niet direct als knelpunt in het huidige nationale recht hoeft te worden gezien, vereist deze gemeenschapsrechtvriendelijke interpretatiemethode van nationale rechters wel een andere opstelling dan in puur nationale situaties gebruikelijk is.⁶⁷

Terugvordering van andere begunstigten dan de ontvanger

Voor zover uit het gemeenschapsrecht de verplichting voortvloeit onrechtmatig verleende staatssteun niet alleen bij de directe ontvanger terug te vorderen, maar ook bij andere begunstigten (bijvoorbeeld wanneer zij op basis van een niet-marktconforme overname van aandelen van de ontvangende onderneming indirect ook hebben geprofiteerd van de steunverlening), doen zich in het

64 Zie bijv. Luja 2000, p. 249; R.J.M. van den Tweel in een annotatie bij ABRvS 11 januari 2006, *de Gemeentestem*, 2006, no. 7254, p. 375; A-G Wattel in een conclusie bij HR 30 september 2005, *BNB* 2006, 187 c.

65 Zie bijv. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89, Commissie/Duitsland, *Jur.* 1990, p. I-3437, r.o. 14-16.

66 Zie ook Luja 2000, p. 245-247; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 193-194; Adriaanse 2006a, p. 109-117.

67 Zie bijv. Rb Zutphen 20 mei 2003, *LJN* AF9788, r.o. 3.4.2.

Nederlandse recht diverse knelpunten voor. In het bestuursrecht kan in relatie tot terugvordering van subsidies worden gewezen op artikel 4:57 Awb, dat ook na inwerkingtreding van de vierde tranche Awb, slechts ziet op terugvordering bij degene aan wie de subsidie werd verstrekt.⁶⁸ In het fiscale recht vormt artikel 16 AWR een knelpunt, daar deze bepaling alleen op navordering bij de oorspronkelijk belastingschuldige ziet.⁶⁹ In het privaatrecht biedt de regeling inzake onverschuldigde betaling geen soelaas meer als de betaling bij een ander dan de onderneming aan wie is betaald terecht gekomen is.

Verhouding tussen de verantwoordelijke lidstaat en het steunverlenende orgaan

Een terugvorderingsbeschikking van de Commissie wordt gericht tot de betrokken lidstaat, waarin sprake blijkt te zijn van onrechtmatige steunverlening. De verplichting om deze beschikking ten uitvoer te leggen, rust ingevolge het in artikel 10 EG verwoorde beginsel van gemeenschapstrouw echter op alle tot die lidstaat te rekenen organen, althans voor zover het binnen hun bevoegdheidssfeer ligt om uitvoering te geven aan die verplichting. Op het daartoe aangewezen niveau zullen alle nodige maatregelen moeten worden genomen om de steun, inclusief rente, van de begunstigde(n) terug te vorderen. In de praktijk zal de terugvorderingsverplichting in beginsel komen te rusten op het orgaan dat de steun op onrechtmatige wijze heeft verleend. Ten opzichte van de Commissie blijft echter de lidstaat als geheel verantwoordelijk voor de naleving van de terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Nog afgezien van eventuele, hiervoor reeds geconstateerde tekortkomingen in het nationale recht voor wat betreft bevoegdheidsgrondslagen om überhaupt op te kunnen treden, rijst op zich ook een probleem als een wel bevoegd orgaan verzuimt uitvoering te geven aan de gelaste terugvordering. De centrale overheid zal dan op basis van het toepasselijke nationale recht alle mogelijke maatregelen moeten nemen om het desbetreffende orgaan toch tot terugvordering aan te zetten.

In het huidige Nederlandse recht blijken op dit punt onvoldoende mogelijkheden te liggen. Problemen kunnen zich niet alleen voordoen ten opzichte van zelfstandige bestuursorganen of andere uitvoeringsorganen die niet meer onder de noemer 'overheid' kunnen worden gerekend. Ook in de relatie tussen de centrale overheid en decentrale overheden blijken knelpunten te zitten omtrent het kunnen aansporen tot terugvordering.⁷⁰ In 2004 heeft het kabinet

⁶⁸ Zie Polak & Den Ouden 2004, p. 146.

⁶⁹ Zie Van Slooten 2005, p. 290.

⁷⁰ Zie B. Hessel (red.), *In de Europese houdgreep? Over zwaardere ministerieel toezicht*, serie Europees recht voor decentrale overheden, deel 2, Deventer: Kluwer 2003. Zie in meer algemene zin over deze problematiek J. Gerards, 'Naleving van het Europees recht door de decentrale overheden: naar een herzien stelsel van toezicht', *SEW* 2000, p. 208-215; J. Jans e.a. (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 42 e.v.; A. Meuwese & W. den Ouden, 'Zorgdragen voor de naleving van Europees recht door decentrale

een algemeen standpunt ingenomen over de wijze waarop de centrale overheid toezicht kan uitoefenen op de naleving van communautaire verplichtingen door decentrale overheden. Dit standpunt is gepresenteerd onder de titel 'De Europese dimensie van toezicht'.⁷¹ Hoewel het kabinet hierin de nadruk legt op preventieve maatregelen, zoals het vergroten van kennis bij decentrale overheden van communautaire verplichtingen, heeft het ook aangegeven maatregelen te zullen nemen om zonodig repressief op te kunnen treden wanneer decentrale overheden hun communautaire verplichtingen niet nakomen. Met name heeft het kabinet aangegeven dat zal worden bevorderd dat een bevoegdheid in de wet wordt opgenomen tot het geven van een bijzondere aanwijzing. Een dergelijke aanwijzingsbevoegdheid moet volgens het kabinet kunnen worden gebruikt wanneer de Commissie, een Europese of een nationale rechter heeft vastgesteld dat een communautaire verplichting niet is nagekomen. Daarnaast heeft het kabinet aangegeven te zullen bevorderen dat de werking van de bestaande taakverwaarlozingsregelingen in de Gemeentewet, de Provinciewet en de Waterschapswet zich mede gaan uitstrekken tot beslissingen die krachtens het EG-recht worden gevorderd. Tot op heden hebben deze plannen echter nog niet geleid tot concrete wetgevingsvoorstellen.⁷²

5 OPLOSSINGEN

Uit de voorgaande analyse blijkt dat het huidige Nederlandse recht diverse mogelijkheden biedt om terugvordering van onrechtmatige staatssteun op last van de Commissie in gang te zetten, maar het is daarop zeker nog niet voldoende toegesneden.⁷³ Op verschillende plaatsen zijn knelpunten geconstateerd. Dat wil nog niet zeggen dat terugvordering van onrechtmatige staatssteun in Nederland in geen enkel geval mogelijk zou zijn. Soms kan, ondanks bepaalde knelpunten, via een andere juridische weg wellicht toch tegemoet worden gekomen aan de communautaire vereisten, althans voor zover dat naar nationaalrechtelijke maatstaven ook geoorloofd is. Zoals in de inleiding van deze bijdrage reeds is gesteld, staat het gemeenschapsrecht zelf in beginsel neutraal staat tegenover de wijze waarop in een lidstaat uitvoering wordt gegeven aan een terugvorderingsverplichting, mits die uitvoering maar voldoet aan de gestelde communautaire randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit. De lidstaten komt een zekere institutionele en procedurele auto-

overheden', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89-108. Zie ook de bijdrage van C. de Kruif en W. den Ouden in deze bundel.

71 *Kamerstukken II* 2003/04, 21 109, nr. 138.

72 Zie ook Adriaanse 2006a, p. 146-147.

73 Zie ook Polak & Den Ouden 2004, p. 142; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 141.

nomie toe. Echter, de kans dat met name laatstgenoemde randvoorwaarde geschonden wordt, neemt vermoedelijk toe wanneer allerlei juridische kunstgrepen moeten worden toegepast om tegemoet te kunnen komen aan de communautaire terugvorderingsverplichting.

Sommige knelpunten kunnen ook worden opgelost door middel van een gemeenschapsrechtvriendelijke uitleg van het toepasselijke nationale recht. Dat neemt niet weg dat op de Nederlandse wetgever de verplichting blijft rusten het nationale recht zodanig in te richten dat buiten alle twijfel wordt verheven dat tegemoet kan worden gekomen aan de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen.⁷⁴ In deze paragraaf wordt mede op basis van eerdere voorstellen van andere auteurs nagegaan welke opties zich op legislatief vlak aandienen om de naleving van voornoemde communautaire verplichting gestalte te geven, gegeven de geconstateerde knelpunten in het Nederlandse recht.

De eerste optie is alle juridische aspecten omtrent steunverlening, inclusief de terugvordering van onrechtmatige staatssteun, te regelen in een algemene staatssteunwet die zich uitstrekt tot alle relevante terreinen van het nationale recht.⁷⁵ Het grote voordeel van een dergelijke wet lijkt te zijn dat de staatssteunproblematiek op nationaal niveau over de volle breedte kan worden aangepakt, waarbij over traditionele afbakeningen tussen verschillende rechtsgebieden en bijkomende (procedurele) belemmeringen heen wordt gestapt. Daar staat tegenover dat een dergelijke wet wel een erg botte bijl vormt, waarmee onder druk van het gemeenschapsrecht weliswaar gehakt kan worden in het nationale recht, maar waarmee geen recht wordt gedaan aan de verschillende eigenschappen van de diverse rechtsgebieden van het nationale recht.

De tweede optie is zo weinig mogelijk regels op algemeen niveau te creëren en juist te voorzien in terugvorderingsmogelijkheden in bijzondere regelgeving op zowel nationaal als decentraal niveau. In deze bijdrage is gewezen op de subsidiekaderwetten, waarin reeds expliciet is voorzien in de mogelijkheid tot intrekking en wijziging van subsidies op rijksniveau ingeval de verstrekking van die subsidies in strijd blijkt te zijn met 'ingevolge een verdrag voor de staat geldende verplichtingen'. Om via deze optie een dekkend systeem voor terugvordering van onrechtmatige steunverlening te creëren, is vereist dat

74 De discussie over de vraag of, en zo ja wanneer, door nationale bestuursorganen rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht bevoegdheden kunnen worden ontleend is in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. Zie hierover Jans e.a. 2002, p. 50; W. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid*, oratie Leiden, gehouden op 12 september 2003, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 26 e.v.; P.C. Adriaanse, 'De rol van nationale rechters bij de terugvordering van onrechtmatige staatssteun', in: W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, p. 70-71; De Waard e.a. 2005; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 192; ABRvS 4 mei 2005, AB 2005, 395, m.nt. WdO; ABRvS 30 augustus 2006, AB 2006, 303, m.nt. AJB.

75 Zie hierover ook Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 165-166. Zij noemen in dit verband ook de mogelijkheid een nieuw hoofdstuk met betrekking tot staatssteun aan de Mededingingswet toe te voegen.

in alle regelingen, overeenkomsten en andere relevante juridische documenten die de verschillende vormen van steunverlening kunnen reguleren expliciet wordt voorzien in de mogelijkheid tot ongedaanmaking van de steunverlening, inclusief daarover genoten rente. Dit vereist op nationaal en decentraal overheidsniveau een enorme wetgevingsslag en daarnaast een grote alertheid in situaties van atypische steunverlening waarop geldende regelgeving niet goed past. Deze oplossing voor het Europaproof maken van het Nederlandse recht inzake terugvordering van onrechtmatige staatssteun zal een grote versnippering in de hand werken, hetgeen vanuit het oogpunt van transparantie en rechtszekerheid ongewenst is en soms zal het gewoonweg worden vergeten.

De derde optie vormt de gulden middenweg: noch één algemene regeling, noch louter talloze bijzondere voorzieningen, maar aansluiting zoeken bij reeds bestaande algemene regelingen op de verschillende terreinen van het nationale recht.⁷⁶ Daarmee kan recht worden gedaan aan de eigen systematiek van de diverse terreinen en toch worden voorzien in terugvorderingsmodaliteiten die een algemeen karakter hebben.⁷⁷ Voor wat betreft de Algemene wet bestuursrecht heeft de wetgever in het verleden, bij de inwerkingtreding van de subsidietitel, reeds de vraag gesteld of met het oog op terugvordering van staatssteun op last van de Commissie wellicht moest worden voorzien in een regeling in de Awb. Destijds achtte de wetgever het niet goed mogelijk terzake algemene voorschriften in de Awb op te nemen. Overigens vond de wetgever dat ook niet nodig, met als argument dat de communautaire beperkingen op de uitoefening van nationale subsidiebevoegdheden rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht zouden voortvloeien.⁷⁸ Hoewel laatstgenoemd argument op zich juist is, neemt dat niet weg dat toch een probleem ontstaat wanneer nationale bevoegdheden terzake ontbreken. Juist voor die situaties dient de nationale wetgever te voorzien in een passende regeling.⁷⁹ Inmiddels lijkt de wetgever zelf ook doordrongen van de noodzaak hiertoe, getuige ook de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vierde tranche Awb.⁸⁰ Tevens is de noodzaak onderkend om na te gaan of wellicht ook in andere algemene regelingen, zoals de AWR en het BW, aanpassingen moeten worden doorgevoerd met het oog op terugvordering van onrechtmatige staatssteun, en zo ja welke.⁸¹ De onlangs tegen Nederland aangespannen infractieprocedure (zie de inleiding) vormt hierbij wellicht een extra stok achter de deur.

76 Zie ook Luja 2000, p. 255; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 165.

77 Dat neemt niet weg dat het verstandig kan zijn ook in bijzondere regelingen rekening te houden met de mogelijkheid van onrechtmatige steunverlening en terugvordering daarvan. Zie Van den Tweel 2006, p. 375.

78 Parl. Gesch. Awb III, p. 174.

79 Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 16, p. 12.

80 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 17-18.

81 Zie de opdracht vanuit het WODC tot rechtsvergelijkend onderzoek op dit terrein, hetgeen geresulteerd heeft in het reeds aangehaalde onderzoek van De Waard e.a. 2005. Een

Met het oog op een effectieve tenuitvoerlegging van terugvordering van onrechtmatige staatssteun verdient het aanbeveling in de Algemene wet bestuursrecht in ieder geval expliciet te voorzien in een mogelijkheid tot intrekking van begunstigende beschikkingen vanwege strijd met het gemeenschapsrecht inzake steunverlening, een algemene bevoegdheidsgrondslag voor terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen en een bevoegdheidsgrondslag tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verleende staatssteun over de gehele periode waarin de begunstigde de steun heeft genoten. Eerder in deze bijdrage is aangegeven dat de vierde tranche op deze punten nog geen oplossing biedt. De reikwijdte van de staatssteunproblematiek is onder invloed van communautaire regelgeving en jurisprudentie inmiddels zo ruim, dat voor een regeling in het bestuursrecht de Algemene wet bestuursrecht wel de meest aangewezen plaats is.⁸² Het ligt voor de hand in ieder geval in de artikelen 4:48 en 4:49 Awb expliciet te voorzien in de mogelijkheid een subsidiebeschikking in te trekken vanwege strijd met een verdragsrechtelijke verplichting, in het bijzonder vanwege strijd met de communautaire staatssteunregels. Diverse auteurs hebben al gewezen op de mogelijkheid een vergelijkbare regeling als in de subsidiekaderwetten in algemene zin op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht.⁸³ Daarbij hebben Polak & Den Ouden aangetekend dat de desbetreffende bepalingen in de subsidiekaderwetten niet één op één moeten worden overgenomen in de Awb. De bepalingen in de Awb zouden zo moeten worden geformuleerd dat zij, zeker voor wat betreft de termijnen, niet langer (ook) van toepassing kunnen zijn op Europese subsidies. De huidige subsidiekaderwetbepalingen houden overigens geen rekening met het terugvorderen van steun bij andere begunstigden dan de ontvanger(s). Maar ook met deze aanpassingen zou een vergelijkbare intrekkingregeling als in de subsidiekaderwetten niet ver genoeg gaan. Betalingen op basis van een begunstigende beschikking, anders dan subsidies, vallen dan namelijk nog steeds buiten de boot. Het verdient dan ook aanbeveling de plannen voor een algemene regeling over intrekking in de Algemene wet bestuursrecht, zoals voorzien bij de vijfde tranche van de Awb, door te zetten en daarin in ieder geval te voorzien in de mogelijkheid tot intrekking van een begunstigende beschikking vanwege strijd met een verdragsrechtelijke verplichting, daaronder begrepen verplichtingen op basis van de Europese steunverleningsregels.⁸⁴

Het wetsvoorstel vierde tranche Awb leek een goede gelegenheid te zijn de Algemene wet bestuursrecht alvast meer toe te snijden op de staatssteunproblematiek, daar in dit voorstel een regeling omtrent publiekrechtelijke

interdepartementale werkgroep beraadt zich op noodzakelijke aanpassingen in de diverse algemene wettelijke regelingen. Met spanning wordt al enige tijd gewacht op de uitkomst hiervan.

82 Zie ook Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 166.

83 Zie o.a. Luja 2000, p. 249-250, 255.

84 Zie ook AJB in een annotatie bij ABRvS 30 augustus 2006, JB 2006, 303.

geldschulden is opgenomen. In de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel staat:

‘De in titel 4.4 Awb gegeven bepalingen kunnen derhalve mede strekken tot uitvoering van het gemeenschapsrecht zolang en voorzover het gemeenschapsrecht terzake geen eigen voorzieningen kent.’⁸⁵

Niet op alle punten biedt het huidige voorstel echter een oplossing voor geconstateerde knelpunten. Eerder is al opgemerkt dat met dit wetsvoorstel in ieder geval artikel 4:57 Awb zal worden geherformuleerd, zodat buiten twijfel komt te staan dat in deze bepaling een bevoegdheidsgrondslag ligt besloten om onverschuldigd betaalde subsidiebedragen bij besluit terug te vorderen. Er zal echter een meer algemene bevoegdheidsgrondslag tot terugvordering moeten worden opgenomen in de Awb, zodat buiten alle twijfel wordt verheven dat ook andere onverschuldigde betalingen op publiekrechtelijke grondslag dan subsidies bij besluit kunnen worden teruggevorderd, zoals nu reeds wordt aangenomen in het ongeschreven recht. Daarbij dient idealiter ook rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat de verplichting tot terugvordering van staatssteun zich in bepaalde situaties ook kan uitstrekken tot andere begunstigden dan de directe ontvanger. Het wetsvoorstel vierde tranche Awb voorziet daar nu nog niet in. Het wetsvoorstel voorziet evenmin in de mogelijkheid tot het vorderen van rente bij onrechtmatig verleende staatssteun over de gehele periode waarin de begunstigde de steun heeft genoten. Het wetsvoorstel gaat in aansluiting bij de regeling in het BW uit van verzuim als voorwaarde voor het kunnen vorderen van rente. Op het punt van verjaringstermijnen brengt dit wetsvoorstel ook geen verandering. De verjaringstermijnen van vijf jaar, zoals voorzien in de artikelen 4:49, lid 3, Awb en artikel 4:57 Awb, blijven ongewijzigd en er wordt in het nieuwe artikel 4.4.3.1, lid 1 eveneens voorzien in een algemene verjaringstermijn van vijf jaar nadat de voorgeschreven betalingstermijn is verstreken. Hoewel in de memorie van toelichting wordt erkend dat de voorrang van het gemeenschapsrecht kan meebrengen dat bepalingen uit het wetsvoorstel in bepaalde situaties buiten toepassing blijven, waarbij expliciet wordt gerefereerd aan de verjaringstermijn van artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999, had in dit wetsvoorstel zelf toch veel explicieter rekening kunnen worden gehouden met de communautaire vereisten in situaties van onrechtmatige staatssteun. Voor zover nog mogelijk, verdient het aanbeveling het huidige wetsvoorstel op de genoemde punten alsnog aan te passen. De Raad van State heeft in zijn advies bij dit wetsvoorstel gesuggereerd dat de bepalingen over subsidies en bestuurlijke geldschulden uit hoofdstuk 4 worden gehaald en worden overgebracht naar een nieuw, afzonderlijk hoofdstuk, dat volgens de Raad van State bijvoorbeeld ‘Financiële betrekkingen met het bestuur’ zou kunnen heten. Hierop is van

85 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 17-18.

de zijde van de regering gesteld dat een dergelijk plan te veel nadelige consequenties voor de praktijk zou hebben.⁸⁶ Gezien de voormelde kritiekpunten in relatie tot steunverlening, in het bijzonder de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun, is het voorstel van de Raad van State interessant. Het zou een uitgelezen kans bieden om over de volle breedte en op een systematische wijze in de Awb rekening te houden met de Europeesrechtelijke dimensie van financiële betrekkingen met het bestuur, daaronder niet alleen begrepen de doorwerking van de Europese staatssteunregels, maar ook het recht inzake Europese subsidies.

Naast aanpassingen in de Awb zal ook de Algemene wet inzake rijksbelastingen wijziging moeten ondergaan om bij terugvordering van fiscale steunmaatregelen zo effectief mogelijk aan de communautaire vereisten te kunnen voldoen. Met verwijzing naar eerdere voorstellen van Lujà, zou in de AWR in ieder geval moeten worden voorzien in een vergelijkbare regeling als in de subsidiekaderwetten, maar dan toegesneden op de fiscale problematiek.⁸⁷ De nodige aanpassingen hebben betrekking op artikel 16 AWR, waarin het nieuw feit-vereiste nu nog een belemmering zou kunnen vormen voor effectuering van terugvordering van fiscale steunmaatregelen in de vorm van directe belastingen, de in de AWR gehanteerde verjaringstermijnen van vijf jaar en mogelijk ook de afwijkende regeling inzake rentevordering. Daarnaast kan wellicht nog in artikel 16 AWR de mogelijkheid worden gecreëerd om voordelen uit indirecte belastingmaatregelen bij andere begunstigten dan de directe belastingplichtige 'terug' te kunnen vorderen.⁸⁸ Ook na de inwerkingtreding van de algemene regeling inzake rente, zoals voorzien in de vierde tranche Awb, zal zoals eerder is opgemerkt, het belastingrecht immers een eigen renteregeling blijven houden.

In het Burgerlijk wetboek lijkt vooralsnog alleen de regeling inzake wettelijke rente aanpassing te behoeven in het licht van de communautaire vereisten bij terugvordering van onrechtmatige staatssteun. De huidige regeling omtrent verzuim sluit immers niet aan bij het communautaire vereiste dat rente dient te worden gevorderd over de gehele periode waarin onrechtmatige staatssteun is genoten. Op dit punt zou kunnen worden gedacht aan een uitzondering op de algemene regeling van artikel 119, lid 1, BW dat de wettelijke rente loopt vanaf het intreden van verzuim van de debiteur. Er bestaan ook al diverse andere uitzonderingen op de algemene regeling.⁸⁹

Tot slot zal, naast de hiervoor gesuggereerde aanpassingen in het huidige nationale recht, werk moeten worden gemaakt van reeds aangekondigde plannen omtrent het kunnen geven van bijzondere aanwijzingen door de centrale overheid aan decentrale overheden met het oog op de effectieve

⁸⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 3.

⁸⁷ Zie Lujà 2000, p. 249-250, 255.

⁸⁸ Zie Van Slooten 2005, p. 290.

⁸⁹ Zie bijv. artikel 148, lid 2, K en artikel 55, leden 3 en 6, Ontheffingswet.

naleving van communautaire verplichtingen. De door het Nederlandse kabinet aangekondigde maatregelen kunnen zeker ook bij de naleving van terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie van pas komen.⁹⁰ Aan de Minister van Binnenlandse Zaken zou in een bijzondere wet een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid kunnen worden gegeven om decentrale overheidsorganen te verplichten tot terugvordering over te gaan. Op dit punt zou ook, mits grondwettelijk verankerd, een vergelijkbare regeling kunnen worden gemaakt als die welke bestaat in België. In deze Belgische regeling is de Staat onder bepaalde voorwaarden bevoegd gemaakt in de plaats te treden van een lagere overheid (Gemeenschap of Gewest), wanneer de Staat reeds is veroordeeld door een internationaal of supranationaal rechtscollege ten gevolge van het niet-nakomen van een internationale of supranationale verplichting door de desbetreffende lagere overheid. In deze regeling is tevens voorzien in een daarmee gepaard gaand verhaalsrecht van de Staat op de lagere overheid.⁹¹

90 *Kamerstukken II* 2003/04, 21 109, nr. 138.

91 Zie artikel 169 van de Belgische Grondwet en artikel 16 van de Belgische Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 (*Staatsblad* 15 augustus 1980), zoals diverse keren gewijzigd. Zie over deze problematiek ook de bijdrage van De Kruif & Den Ouden in deze bundel.

